der Beklagte das nur geradehin abzuleugnen. Denn man kann das nicht Repariren nennen, wenn die Uhr nicht geht, und in dem zweyten Beyspiel liegt die Verschiedenheit des Versprochenen und Geleisteten ohnehin am Tage. Den Inhalt des Versprechens des Klägers wird natürlich der Beklagte zu beweisen haben, wenn die Partheyen darüber verschiedener Meinung sind.

Es lassen sich indessen auch Fälle einer fehlerhaften Leistung denken, wo man nicht sagen kann, daß die Handlung dadurch in eine andere übergehe. Z. B. ein Baumeister übernimmt die Aufführung eines Gebäudes, leitet aber den Bau so fehlerhaft, daß dasselbe zusammen zu stürzen droht. Hier hat der Baumeister geleistet, was er dem nackten Inhalt seines Versprechens nach zu leisten hatte, nämlich er hat das Gebäude aufgeführt. Der Beklagte kann sich daher mit dem Einwand: Erfülle erst den Vertrag deiner Seits, nicht mit Erfolg schützen, sondern muß durch Nachweisung des Fehlers seinen Anspruch auf gänzliche oder theilweise Befreyung von der Gegenleistung begründen.

XIX.

Ueber auflösende Bedingungen bey Erbeneinsetzungen.

Von Thibaut.

Die frühere gemeine Lehre, daß der Erbe nicht unter einer auflösenden Bedingung eingesetzt werden könne, ist in dieser Zeitschrift erst angegriffen [1]), dann von mir vertheidigt [2]), und jetzt wieder für falsch erklärt [3]). Dieser neueste Angriff hat

1) v. Wening-Ingenheim im Archiv 1. B. nr. 9.

2) das. 5. B. S. 317 — 323.

3) von Zimmern das. 7. B. nr. 7.

mich aber noch mehr von der Richtigkeit meiner früheren Ansicht überzeugt, und ich muß daher, besonders da es einen sehr wichtigen practischen Rechtssatz betrifft, mich wieder duplicirend vernehmen lassen.

Zur Abkürzung des Streites will ich die kleinen Nebengründe, welche im Wesentlichen nichts entscheiden, so wie alles, was offenbar in vollem Ernst nicht gesagt seyn kann, auf sich beruhen lassen, und blos das hervorheben, worauf doch im Grunde alles ankommt, nämlich die Behauptung: eine bedingte ademtio sey ein bedingtes Geben [4]), und die Einsetzung unter einer auflösenden Bedingung sey, genau betrachtet, nichts als eine bedingte ademtio, folglich gelte der, unter einer auflösenden Bedingung eingesetzte Erbe, als ob er unter der umgekehrten Bedingung aufschiebend eingesetzt sey.

Eben diesen Schluß halte ich nun aber für ganz verfehlt. Eine auflösende Bedingung ist nämlich vorhanden, wenn gesagt wird: A soll etwas erst haben, aber nachher soll sein Recht aufhören. Eine ademtio sub conditione dagegen ist vorhanden, wenn der Testator sagt: was ich dem A gab, das soll A nicht haben, außer dann und dann. Im pr. J. de ademt. legatorum steht darüber schon klar geschrieben, es sey ademtio: veluti si quod ita quis legaverit, *do, lego*, ita adimatur, *non do, non lego*, sive non contrariis, id est aliis quibuscunque verbis [5]). Die Aeußerungen der Classiker sind eben so entscheidend. In L. 31. §. 8. de adim. leg. wird zur Beschreibung der ademtio der Fall angenommen, wenn der Testator gesagt hat: Titio fundum, quem legavi, heres meus *ne dato*. Eben so im §. 10. ibid.; und gleich nachher wird im §. 11. das: ademtum und *manet* fidei-

4) Wie sich ergibt aus L. 27. §. 1. de condit. instit. L. 10. 14. de adim legat. L. 107. de condit. et demonstr. L. 6. pr. quando dies legator.

5) Die letzten Wörter erläutern sich aus *Ulp*. Fragm. XXIV. 29. vergl. mit L. 14. de acceptilat.

commissum einander entgegen gesetzt. So konnte denn auch in L. 16. l. c. gesagt werden: nihil interest, inducatur quod scriptum est, an adimatur. Also: die bedingte ademtio, wenn man die Bedingung geradezu, oder durch das argumentnm a contrario gelten läßt, ist ein bedingtes Wiedergeben dessen, was zuvor genommen ist, die Berufung unter einer auflösenden Bedingung aber gibt zunächst etwas, und bedingt nur dessen Dauer durch Umstände. Wenn man daher aus der conditio resolutiva eine suspensiva macht, so ist dies eine reine Verdrehung, und mehr noch als eine sogenannte Conversion, der doch, wie die Grundsätze über die Codicillar-Clausel zeigen [6]), von den Classikern nicht gern das Wort geredet ward. Hier wäre es auch ganz unpassend gewesen. Denn der Testator kann ja oft recht ernstlich wollen, daß der Berufene vorläufig haben und genießen, und erst, wenn andere Umstände eintreten, wieder herausgeben soll. Wenn nun dies durch Interpretation dahin verdrehet wird, daß man sagt: der Berufene soll vorläufig nicht haben, aber dann, wenn das Gegentheil jener Umstände eintritt, bekommen: so wird zwar so vel quasi interpretirt, aber man kann schwerlich behaupten, daß dergleichen an sich in der Absicht des Testators lag. Und wie hätten die Classiker zu dieser baaren Willkühr kommen sollen, da sie ja auf dem geraden Wege des Civilrechts bleiben, und die conditio resolutiva wie eine impossibilis verwerfen konnten, indem sie der letzten an sich ganz gleich steht, weil der, welcher einmal Erbe ward, nach der Strenge immer Erbe bleiben muß? Nur das läßt sich allenfalls behaupten, daß die resolutive Bedingung ihre Wirkung thut, wenn sie vor dem Tode des Erblassers eintritt, weil sie dann den Erwerb selbst hindert, und nun zu keiner Unmöglichkeit führt.

Es läßt sich auch für die, bisher von mir vertheidigte Ansicht noch ein sehr starker Nebengrund anführen. Die Römer legen nämlich bey Verträgen überall auf das Tacitum

---

6) Meine Pandekt §. 784. not. m.

entscheidendes Gewicht; allein bey Testamenten kommen die Tacita nicht in Betracht, wenn sie nicht mit durch die Worte angedeutet werden 7). Man kann also mit Gewißheit sagen, daß die Römer bey Erbeneinsetzungen aus der conditio resolutiva keine suspendirende ademtio machten und machen konnten, wenn sie es nicht einmal bey den Verträgen thaten, mit deren Natur das Auflösen unverträglich war. Nun aber ist es ausgemacht, daß man nach der Strenge alles Auflösende bey Stipulations-Obligationen verwarf, obgleich man dabey das Aufschiebende zuließ. Dennoch verdrehte man die conditio resolutiva und den dies ad quem nicht in eine bedingte ademtio, sondern die adjecta galten als non adjecta, bis man endlich mit der exceptio doli nachhalf, aber nicht, um ein Suspendiren herauszubringen, sondern um die Nebenbestimmung geltend zu machen 8).

Zu diesem Allen nehme man noch dies: Die bedingte Ademtio wird überall bey Legaten und Erbeneinsetzungen unbedenklich gestattet 9). Wäre nun eine conditio resolutiva blos eine Art der bedingten Ademtionen, wie konnte denn von Pomponius in L. 55. de legat. I. gesagt werden: nec tempore, nec loco, aut conditione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest? Und doch geht die auflösende Bedingung gerade auf ein finire, wenn man sie nicht in etwas Anderes verdrehet. Nach der entgegen gesetzten Ansicht müßte man hier also bey L. 55. cit. so eine Art von Wortspiel voraussetzen, nämlich: ihr könnt nichts Resolvirendes verordnen, weil es — als suspendirend genommen wird, und so nicht weiter nach dem Resolviren gefragt zu werden braucht.

Wenn mir übrigens noch der Einwand gemacht ist: nach L. 55. cit. sey das Wiederauflösen eines Legats unmöglich ge-

7) L. 9. pr. de hered. inst. L. 7. §. 2. de supellect. legat.

8) §. 3 J. de verb. obl. L. 56. §. 4. D. eod. L. 44. §. 1. de O. et A.

9) S. oben act. 4.

wesen, und Justinian habe in L. 26. C. de legat. blos in Betreff des dies ad quem eine Ausnahme gemacht, in Betreff der Bedingung aber nichts geändert, folglich müsse ich auf allen Fall meine Behauptung aufgeben; daß Resolutiv-Bedingungen bey Legaten wirkten: so muß ich gerade diesen Einwand auf der einen Seite für mich benutzen, und auf der andern Seite verwerfen. Die L. 26. c. geht nämlich auf alle legata temporalia oder ad tempus relicta, also gewiß auch auf die, welche bis zu einem ungewissen Tage hinterlassen sind, mithin ganz unter den Grundsätzen von der conditio stehen [10], folglich nach der Ansicht meines Gegners keineswegs ungültig sind, sondern, quasi re bene gesta, als sub conditione ademta gelten. Wie kommt es nun aber, daß der Jurist in L. 55. cit. die resolvirenden Bestimmungen für etwas Verbotenes erklärt, und daß Justinian in L. 26. C. cit. sagt: man habe legata temporalia für *irrita* gehalten, und noch dazu mit Verweisung auf Stipulationen, in Ansehung deren es ganz gewiß ist, daß man die Nebenbestimmung verwarf, und das Recht als perpetuum behandelte? Es kann wohl für meine Ansicht nichts Stärkeres gesagt werden!

Die erwähnte enge Interpretation der L. 26. C. cit. muß ich, nach dem Beyspiel der älteren Juristen, auch verwerfen. Schon eine Art von argumentum ab absurdo stimmt mich dazu. Wenn nämlich das strenge Recht, nach Analogie formeller Verträge, bey Legaten alles finiri obligationem verwarf, die Billigkeit aber am Ende doch durch die exceptio doli ein temporale herausbrachte, ohne Unterschied, ob eine Zeitbestimmung, oder eine Bedingung als auflösend gesetzt war, und wenn es Justinian für zweckmäßig hielt, diese höchst vernünftige Billigkeit auch auf Legate anzuwenden [11]: wie in aller Welt konnte der Kaiser denn auf die Idee gerathen, daß

10) L. 75. L. 79. de cond. et dem. L. 4. pr. fundo dies legator.

11) Die Idee mancher älterer Juristen, daß man schon nach dem Pandektenrecht auch bey Legaten eine exceptio doli gestatten

man das Auflösen zu gestatten habe, wenn die Disposition einen *dies* ausspreche, aber nicht, wenn eine *conditio* resolutiva gesetzt sey? Erwägt man nun, daß alles, was durch irgend einen Umstand auf eine Zeit beschränkt ist, temporale heißt [12]); daß die conditio resolutiva auch die Dauer eines Rechts beschränkt, und dasselbe zum temporali macht; daß man jede Bedingung auch in der Form einer Zeitbestimmung ausdrücken kann, oder umgekehrt, und daß man eben deswegen mit Pomponius sagen muß: utrobique est eadem conditio, man mag nun per conditionem tempus demonstrare, oder per tempus conditionem [13]): so kann es wohl nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß Justinians neue Vorschrift auf alle Fälle geht, da der Rückfall eines Legats verordnet ist, es mag die Dauer des Rechts von einem dies oder einer vorzugsweise sogenannten conditio abhängig gemacht seyn. Man kann dies um so leichter annehmen, da der Kaiser auch sonst unter dem Ausdruck ad tempus alles begriffen hat, was in Ansehung seiner Dauer vorübergehend seyn kann. Denn im §. 3. J. de verb. obl. trägt er die alte Lehre über Stipulationen ad tempus vor. Gleich darauf kommt er im §. 4. auf bedingte Stipulationen. Allein hier wird nur von der conditio suspensiva, aber nicht von der resolutiva geredet, welches nur gerechtfertigt werden kann, wenn man annimmt, daß durch jenes: ad tempus, alles Resolvirende befaßt seyn sollte.

---

könne, *Cujac.* opp. T. 7. p. 145. 146. *Paciroll.* var. lect. L. 2. c. 66. läßt sich wegen L. 26. c. cit. gewiß nicht rechtfertigen.

12) L. 9. pr. de lib. et posth. L. 101. §. 2. de V. S.

13) L. 22. pr. quando dies legator.